# Das Verhindern einer empfangsbedürftigen Willenserklärung durch den Adressaten.

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universiiät zu Marburg


vorgelegt von

**Wilhelm Borgmann**

Gerichtsreferendar aus Duisburg.



Marburg 1935.

Buchdruckerei Franz Grube, Werne a. d. Lippe

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 17. Juli 1933.

Berichterstatter: Geheimrat Professor Dr. Franz Leonhard.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

# Schrifttum.


## I. Lehrbücher.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Allg. Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1910.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I 1900, Bd. II 1902. Tübingen und Leipzig.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. 1. Die allgemeinen Lehren, 3. Aufl. 1906. 2. Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1909.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. Einleitung; Allg. Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 8. Aufl. 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1. Abt. Einleitung, Allg. Teil Aufl. 1924. I. Bd. 2. Abt. Aufl. 1922.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. I. Bd. Allg. Teil, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1903.

Leonhard: Lehrbuch in kurzen Sätzen. Berlin 1926.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1 München-Leipzig 1914.

## II. Kommentare.

Lindemann-Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. I. Bd. Allg. Teil und Recht der Schuldverhältnisse. Berlin — Stuttgart — Leipzig 1923.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. I. Buch, Allg. Teil 4. Aufl. Berlin 1908. II. Buch, Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. Bln. 1910.

Plank: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. Allg. Teil, 4. Aufl. Berlin 1913. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, Bln. 1907.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. I. Bd. Allg. Teil, Berlin 1899

Reichsgerichtsräte: Kommentar I. Bd. Allg. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, Sachenrecht 1921.

v. Staudinger: Kommentar I. Bd. Allg. Teil. II. Bd. 7./8. Aufl. 1912.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. I. Bd. Allg. Teil, Schuldverhältnisse. Tübingen 1923.

## III. Abhandlungen, Aufsätze und Dissertationen.

Beisenkötter: Der Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 BGB. in der praktischen Anwendung und Auslegung. Diss. Leipzig 1910.

v. Blume: Versäumnis des Empfangs von Willenserklärungen. Iher. Jahrb. 1907 Bd. 51 S. 1 ff.

J. Breit: Zur Lehre vom Rechtsgeschäft. Sächs. Arch. 1903, Bd. 13 S. 283 ff.; Sächs. Arch. 1905 Bd. 15 S. 165 ff.; S. 637 ff.

M. M. Breit: Die Willenserklärung als Aeußerung und Leistungsgegenstand nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Gruch. Beiträge 1911 Bd. 55 S. 1 ff.

Daue: Wird eine Willenserklärung wirksam, wenn der Empfänger ihr Zugehen absichtlich verhindert? Diss. Greifswald 1908.

David: Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. Gruch. Beiträge 1902 Bd. 46 S. 232.

Habicht: Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung. DJZ. 1901 S. 265 ff.

Haumann: Die Nichtannahme empfangsbedürftiger Willenserklärungen. Diss. Erlangen 1913.

Hellwig: Die reichsgerichtliche Judikatur über das Zugehen von Willenserklärungen. JW. 1905 S. 356 ff.

Hölder: Der Zugang der Willenserklärung. DJZ. 1901 S. 340 ff.

Hölder: Zur Theorie der Willenserklärung. Festgabe für Degenkolb. Leipzig 1905 S. 93 ff.

Isay: Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1899.

Jörges: Zum Recht des Fernsprechers. Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht 1905 Bd. 56 S. 44 ff.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach BGB. 1900.

Koppers: Zugehen mündlicher Willenserklärungen. DJZ 1906 S. 75 ff.

Koppers: Die Vollendung empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen. Gruch. Beitr. 1902 Bd. 46 S. 225 ff.

Krückmann: Verhinderung des Vertragsschlusses. Recht 1911 S. 56 ff.

Landau: Die vom Adressaten vereit. Willenserklärung. Diss. Göttingen 1905.

Leonhard: Die Wahl bei der Wahlschuld. Jher. Jahrb. 1900 Bd. 41 S. 1 ff., insbes. S. 33 ff.

Lohmar: Die Verhinderung der Entgegennahme einer empfangsbedürftigen Willenserklärung durch den Adressaten. Diss. Göttingen 1926.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.

Oertmann: Zugehen und Vernehmen. Recht 1906 S. 721 ff.

Regelsberger: Die Erklärung der Annahme eines Vertragsangebotes durch den Fernsprecher. Bank-Archiv 1910 S. 273 ff.

Schüler: Die Verhinderung des rechtzeitigen Zugehens einer Willenserklärung durch den Empfänger. Diss. Breslau 1910.

Titze: Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen. Jher. Jahrb. Bd. 47 S. 379 ff.

Titze: Unmöglichkeit d. Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipz. 1900.

Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. Arch. ziv. Prax. Bd. 92 S. 1 ff.

Wolff: Das Zugehen der empfangsbedürftigen Willenserklärung. Diss. Greifswald 1911.

Zitelmann: Die juristische Willenserklärung. Jher. Jahrb. 1878 Bd. 16 S. 357 ff.

Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. I. Teil. Berlin 1889.

Zitelmann: Allgemeiner Teil des BGB. 1900.

## IV. Entscheidungen und Materialien.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG).

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe Bd. I und II Berlin und Leipzig 1888.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. II. Bd. 1898.

# Einteilung.

# I.
# Einleitung.

## § 1.

Zum Zwecke einer methodischen Abhandlung unseres Problems läge es nahe, in der Geschichte nach einer Erkenntnisquelle zu suchen. Es ist aber, soweit ich feststellen konnte, weder im römischen noch im gemeinen Recht unsere Frage in diesem allgemeinen Rahmen aufgeworfen worden. Selbst zu der hier zu klärenden Vorfrage über den Begriff des „Zugehens" hat das römische und gemeine Recht keine Stellung genommen. Wann eine Willenserklärung wirksam wird, ist gelegentlich der Besprechung einzelner Fälle behandelt worden. Zudem hatte bei den Römern der Abschluß von Verträgen unter Abwesenden auch nicht entfernt die Bedeutung wie in unserem Rechtsleben. Das ist nach Schott[1]) zunächst in der Unvollkommenheit der damaligen Verkehrsmittel begründet. Die kaiserliche Post war allerdings sehr gut organisiert. Sie diente aber ausschließlich ö f f e n t l i c h e n Interessen. Ein p r i v a t e r schriftlicher Verkehr für rechtsgeschäftliche Zwecke war daher ohne sie äußerst erschwert. Man half sich damit, daß die Geschäftsleute an entfernten Orten Sklaven als institores einsetzten, deren Erklärungen unmittelbar für und gegen den Herrn wirkten. Den zweiten Grund sieht Schott in dem eigentümlichen römischen Kontraktsystem selbst. Der bloße Konsens der Vertragsparteien wurde nur teilweise beachtet.

Obgleich für das gemeine Recht obige Hinderungsgründe fortfielen, findet sich auch dort keine Klarheit hinsichtlich des Wirksamwerdens einer empfangsbedürftigen Willenserklärung — vielweniger denn darüber, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Adressat ihr Wirksamwerden verhindert. Im gemeinen Recht stritten sich vielmehr schon über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens vier verschiedene Theorien:

1. Die Aeußerungstheorie.

   Nach ihr soll der Zeitpunkt der Aeußerung der Willenserklärung maßgebend sein.

---

[1]) Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden.

2. Die Absendungs- oder Uebermittlungstheorie.

Entscheidend ist der Zeitpunkt der Absendung der Willenserklärung.

3. Die Empfangstheorie.

Ausschlaggebend ist der Zeitpunkt des „Zugehens“ der Willenserklärung.

4. Die Vernehmungstheorie.

Bestimmend ist der Zeitpunkt der wirklichen Kenntnisnahme von der Willenserklärung.

Die Praxis hat der Empfangstheorie als derjenigen, die die Rechte und Pflichten zwischen den Parteien am billigsten verteilte und somit den Verkehrsverhältnissen am gerechtesten wurde, den Vorzug gegeben. Das geltende Recht hat ihr aus demselben Grunde im § 130 BGB. die gesetzliche Grundlage geschaffen. Es beschränkt jedoch seine Anwendung ausdrücklich auf Erklärungen, die unter Abwesenden abgegeben werden.

## § 2.

Da uns die Geschichte keinen Weg zur Lösung unseres Problems weisen konnte, müssen wir uns darauf beschränken, allein aus den Grundsätzen des heutigen Rechts unsere Frage zu klären. Aus diesem Grunde erscheint es mir zweckmäßig, zunächst einmal über die grundlegenden — bisher zum Teil noch viel umstrittenen — Begriffe, die zum Verständnis der späteren Untersuchung notwendig sind, Klarheit zu schaffen.

Die reine Verbalinterpretation des Wortes „Willenserklärung“ ergibt schon, daß diesem Begriffe zwei Elemente wesentlich sind: Wille und Erklärung [2]).

Zunächst muß ich also überhaupt den Willen haben, eine rechtlich erhebliche Erklärung abzugeben. Eine Handlung [3]) — also auch eine Erklärung — kann in dem Falle nicht vorliegen, wenn ich nicht auch den Willen zu dieser Erklärung habe. Denn als Handlung läßt sich nur ein gewillkürtes Verhalten verstehen.

Zu dem Willensentschluß muß als rein psychischer Vorgang noch die Willens-Kundgebung hinzukommen. Der innere Vorgang kann rechtlich solange noch keine Beachtung finden, als er nicht auch äußerlich erkennbar geworden ist. Der Wollende muß seinen Willen erklären. Es kann sich nur dann um eine Willenserklärung

---

[2]) Wolff a. a. O. S. 8.

[3] Handlung hier im weitesten Sinne — also etwa Verhalten.

handeln, wenn der Erklärende auch den Willen hat, mit seinem Verhalten einen rechtsgeschäftlichen Willen kundzutun. In den Fällen, in denen der Wille diesen Inhalt nicht hat, kann von einer Willenserklärung nicht gesprochen werden (RG 68, 372; 79, 305).

Der Begriff der Willenserklärung läßt sich also kurz als die Kundgebung eines rechtsgeschäftlichen — d. h. eines einen rechtlichen Erfolg bezweckenden — Willens umschreiben. Es gehört nicht zum Wesen einer Willenserklärung, daß sie einem anderen gegenüber abgegeben wird. Eine Mitteilungsabsicht ist nicht erforderlich.

Am häufigsten und daher auch bedeutsamsten für den rechtsgeschäftlichen Verkehr sind aber die Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind.

Diese müssen sich an eine bestimmte Person oder festbegrenzte Personengruppe richten. Dem Erklärenden steht ein bestimmter Anerklärter gegenüber. Diese Willenserklärungen werden jetzt allgemein nach dem von Zitelmann [4]) geprägten Ausdruck im Gegensatz zu den oben bezeichneten „empfangsbedürftige" Willenserklärung genannt. Allerdings ist mit Recht hervorgehoben worden, daß dieser Ausdruck nicht genau ist. Aber da er allgemein üblich ist, mag er hier hingenommen werden; wir können im Rahmen unserer Aufgabe diese ganze Lehre nicht erledigen.

In einzelnen Fällen bestimmt das Gesetz selbst, wem gegenüber eine Erklärung abzugeben ist (vergl. § 108 Absatz 2 und § 143 BGB). Eine allgemeine gesetzliche Regelung ist dagegen nicht getroffen. Es ist daher immer aus dem Wesen des Rechtsgeschäfts zu entnehmen, ob eine Willenserklärung an eine bestimmte Person gerichtet werden muß. Ist dies zu bejahen, dann liegt auch stets Empfangsbedürftigkeit vor. Dies trifft zum Beispiel bei den im Verkehr häufigsten Willenserklärungen — dem Vertragsangebot, der Vertragsannahme und der Kündigung — zu.

Unsere Abhandlung hat demnach nur die soeben bestimmten „empfangsbedürftigen Willenserklärung" zum Gegenstand ihrer Untersuchung zu machen.

## II.

## Das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Willenserklärung.

### § 3.

Es ist noch die bedeutsame Vorfrage zu klären, was zum Wirksamwerden oben genannter Willenserklärungen gehört. Zunächst muß die Erklärung dem Empfänger gegenüber abgegeben werden. Das setzt auf Seiten des Erklärenden voraus, daß er seinerseits alles getan hat, um

[4]) a. a. O. S. 98 ff.

die Wirksamkeit der Willenserklärung herbeizuführen. Im Anschluß hieran ist die Frage aufgeworfen worden, ob bereits die Willenserklärung mit der Abgabe vollendet ist, oder ob das Zugehen im Sinne des § 130 BGB zur Vollendung der Willenserklärung gefordert werden muß.

Nach Enneccerus [5]), Goldmann-Lilienthal [6]), Crome [7]), Staudinger [8]) und Landsberg [9]) ist die Willenserklärung mit der Abgabe noch nicht vollendet, da der Erklärungsakt erst in dem Zeitpunkt vollendet sei, in welchem der volle Tatbestand, der für das Wirksamwerden der Willenserklärung verlangt werde, vorliege.

Gegen diese wenden sich Endemann [10]), Planck [11]), Dernburg [12]), Isay [13]) und Leonhard [14]). Nach ihnen besteht eine gültige Erklärung schon von der Abgabe an; der Empfang ist nicht Erfordernis der Errichtung einer gültigen Willenserklärung, sondern Erfordernis der Wirksamkeit, ein zur Erklärung hinzukommendes weiteres nichterklärungsartiges Tatbestandsmoment.

Für die oben vertretene Ansicht spricht der Wortlaut des § 130 BGB, indem er ausdrücklich betont, daß eine Willenserklärung wirksam wird in dem Zeitpunkt, wenn sie dem Erklärungsgegner zugeht.

Weiter geht aus § 130 Absatz 2 BGB klar hervor, daß für die Gültigkeit der Willenserklärung einzig und allein der Augenblick der Abgabe entscheidend ist. Denn Tod und Geschäftsunfähigkeit sind ohne Einfluß, wenn sie nach der Abgabe der Erklärung eintreten.

Hiernach ist die Willenserklärung bereits mit der Abgabe — d. h. wenn der Erklärende alles seinerseits Erforderliche getan hat — vollendet. Zur Wirksamkeit muß dann noch als besonderes Tatbestandsmerkmal das „Zugehen" hinzutreten, wodurch zugleich auch der Zeitpunkt des Wirksamwerdens fixiert ist. Hierüber bestimmt § 130 BGB:

> „Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht."

Hiermit ist zwar der gemeinrechtliche Streit über das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Willenserklärung grundsätzlich im Sinne

---

[5]) a. a. O. S. 171.
[6]) a. a. O. S. 171.
[7]) a. a. O. § 88 Ziffer 2.
[8]) a. a. O. S. 505.
[9]) Landsberg, Recht des BGB. S. 178 ff.
[10]) a. a. O. § 66 Ziffer 2.
[11]) a. a. O. S. 339.
[12]) a. a. O. S. 379.
[13]) a. a. O. S. 48, 50, 84.
[14]) Die Wahl bei der Wahlschuld S. 45 ff.

der Empfangstheorie entschieden. Doch wurde nunmehr der Begriff des Zugehens heftig umstritten. Schon zum Entwurf hatte Hölder [15]) darauf hingewiesen, daß die Frage, wann eine Erklärung im Sinne des Entwurfes zugegangen sei, „einer irgendwie sicheren Beantwortung unfähig sei".

In der Literatur [16]) wird allgemein die Ansicht vertreten, daß die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Erklärung ausreicht. Doch machen einige Schriftsteller hierzu noch kleine Einschränkungen. So fügt Cosack [17]) noch zur Gewährung der Möglichkeit den Zusatz an „in verkehrsüblicher Art", Planck „unter regelmäßigen Verhältnissen, eine Reihe andere Autoren [18])" „unter normalen Verhältnissen". Rudolf Leonhard [19]) und das Hamburger Landgericht [20]) definieren „Zugehen" in Anlehnung an die Motive (Band I S. 157) als „Eintritt der Erklärung in den Gehör- oder Gesichtskreis des Empfangsberechtigten". Dabei gilt „der Herrscherskreis des Empfängers als erweiterter Gesichtskreis". Nach Franz Leonhard [21]) ist es erforderlich und ausreichend, daß die Erklärung in die Hand des Adressaten oder seines Bevollmächtigten kommt.

Gegen diese unbestimmte Definitionen wendet sich Titze, [22]) indem er besonders Ausdrücke wie „in verkehrsüblicher Weise, Machtbereich, Möglichkeit der Kenntnisnahme" bemängelt, da sie nicht dazu geeignet seien, eine klare Rechtslage für den einzelnen Fall zu geben. Er versucht dadurch, daß er den juristischen Begriff des Besitzes in seine Formel über die Vollendung des Zugehens aufnahm, eine festere Umgrenzung zu schaffen. So stellt er folgenden Satz auf: „Zugegangen ist eine Willenserklärung in dem Momente, wo das sie enthaltende Schriftstück dergestalt in den Besitz des Adressaten gelangt ist, daß dieser unter normalen Verhältnissen ohne weiteres von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann."

Gegen Titze sprechen schon die Protokolle [23]). Nach ihnen versteht der Entwurf unter „Zugehen" nicht den Besitzerwerb im technischen Sinne; er will vielmehr ausdrücklich das Zugehen nicht abhängig machen von juristischen Begriffen. Zudem ist man aber durch obige Formulierung bei der Frage, wann eine Willenserklärung zugegangen ist, keinen Schritt weiter gekommen. Denn in vielen Fällen wird es schwieriger zu

---

[15]) Arch. Ziv. Praxis Bd. 73 S. 7.
[16]) Rizler S. 407; Dernburg S. 447; Hölder, Kom. S. 291; Fischer S. 72.
[17]) Cosack S. 180.
[18]) Crome S. 393; Enneccerus S. 386; Isay S. 91.
[19]) Allg. Teil. S. 284.
[20]) Hanseatische Gerichtszeitung 1901 S. 131.
[21]) Die Wahl bei der Wahlschuld S. 38 ff. insbesondere S. 41.
[22]) Titze, Iher. Jahrbuch Bd. 43, S. 379 ff.; vergl. weiter Kipp, Bd. I, S. 341; Hellwig J. W. 1905, S. 356.
[23]) Bd. VI, S. 132.

entscheiden sein, wann jemand Besitzer geworden ist, als zu bestimmen, wann ihm die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft worden ist. Denn „jene Voraussetzung ist eine juristische, diese aber eine natürliche und schon deswegen leichter bestimmbare“ [24]). Hinzu kommt noch, daß Titze durch den Nachsatz „daß dieser unter normalen Verhältnissen ohne weiteres von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann“, selbst wieder unbestimmte Begriffe in seiner Definition gebraucht. Meines Erachtens kann es überhaupt nur zu Unbilligkeiten führen, wenn für einen derart praktischen Begriff eine allzu starre Formel geprägt würde. Denn der Praxis soll es im konkreten Falle überlassen sein, immer nach Lage der Dinge zu entscheiden.

Das Reichsgericht hat denn auch die Frage nicht immer ganz gleichmäßig entschieden. Einmal [25]) verlangt es, daß der „Brief in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Adressaten gelangt und ihm in dieser Weise die Möglichkeit der Kenntnisnahme“ verschafft sein muß. Später [26]) genügte ihm die bloße „Möglichkeit von der Erklärung Kenntnis zu nehmen“. Diese Auffassung kommt meiner Ansicht nach den Bedürfnissen des Lebens am nächsten, da sie dem Begriff keine zu engen Grenzen zieht und der Praxis dadurch die nötige Freiheit bei der Auslegung des einzelnen Falles läßt.

## § 4.

Hiermit ist zwar eine Lösung für den Fall des § 130 BGB gefunden. Doch § 130 BGB handelt ausdrücklich von Willenserklärungen, die unter Abwesenden abzugeben sind. Wann werden aber nun Willenserklärungen wirksam, die unter A n wesenden abzugeben sind?

Das Gesetz schweigt darüber. Motive [27]) und Protokolle [28]) begründen das Weglassen einer gesetzlichen Bestimmung damit, daß eine solche Entscheidung entbehrlich sei, „weil sie der Regel nach aus der Natur der Sache folge“ und bemerken weiter, „ eine Lösung der Zweifel zu denen besonders geartete Fälle vielleicht Anlaß bieten möchten, sei nicht Aufgabe des Gesetzes.“

Mit Recht weist Zitelmann [29]) darauf hin, daß die Natur der Sache hier so wenig ergebe wie bei den Willenserklärungen unter Abwesenden. Richtig sei nur, daß es in n o r m a l e n Fällen völlig gleichgültig sei,

---

[24]) Manigk a. a. O. S. 310.
[25]) Reichsgericht Bd. 50 S. 194.
[26]) RG Bd. 56 S. 264; Bd. 58 S. 407; Bd. 60 S. 336.
[27]) Bd. I S. 157.
[28]) Bd. I S. 69.
[29]) a. a. O. S. 101 ff.

mit welcher Tatsache man die Willenserklärung als wirksam ansehe, weil hier Aeußerung, Uebermittlung, Empfang und Vernehmung zeitlich so gut wie zusammen fallen. Sobald der Fall aber nicht ganz normal liege, träten hier genau dieselben Fragen auf wie bei der Willenserklärung unter Abwesenden. Sofort wurde denn auch diese Lücke im Gesetz zum Gegenstand eines heftigen Streites.

Krückmann [30]), Manigk [31]), Reichsgerichtsräte Kommentar [32]) und viele andere [33]) [35]) wollen § 130 BGB auch für Willenserklärungen unter Anwesenden entsprechend anwenden. Sie lassen die Möglichkeit der Kenntnisnahme für den Empfänger genügen.

Die meisten Schriftsteller stehen hier dagegen auf den Boden der gemeinrechtlichen Vernehmungstheorie.

Um in diesen Streit zu einem klaren Ergebnis zu kommen, hat Titze[36]) anstelle des Unterschiedes zwischen Erklärungen unter Ab- oder Anwesenden den Gegensatz zwischen verkörperten [37]) oder nicht verkörperten Erklärungen als erster hervorgehoben. Fast die gesamte neue Literatur folgt ihm in dieser Unterscheidung.

Denn hierdurch hat er das Wesentliche des Unterschiedes zwischen der Erklärung an einen Ab- oder Anwesenden getroffen.

Die Erklärung als solche ist nach ihrer Abgabe schon existent. Dies folgt aus § 130 Absatz 2 BGB. Aber zu ihrem Wirksamwerden muß die verkörperte Willenserklärung noch dem Empfänger zugehen, d. h. das Objekt der Erklärung muß als „etwas sinnlich Wahrnehmbares, mit anderen Worten nicht die Erklärung als Akt, sondern die Verkörperung durch Schriftzeichen oder sonstige Beurkundungsmittel" in den Machtbereich des Empfängers gelangen.

Daraus folgt, daß § 130 BGB weder unmittelbar noch entsprechend auf eine nicht verkörperte Willenserklärung anwendbar ist. Denn bei ihr fehlt das greifbare Objekt des Zugehens, da sie sich in einem mündlichen Erklärungsakt erschöpft. Es muß für diese nichtverkörperten Willenserklärungen Vernehmungsbedürftigkeit gefordert werden, d. h. sie muß vom Adressaten auch wirklich verstanden werden. Diesen Schutz muß man unbedingt dem Empfänger gewähren. Denn ihm ist ja auch nicht, wie es bei einer verkörperten Erklärung der Fall ist,

---

[30]) Krückmann, Recht 1911 S. 56.
[31]) Manigk a. a. O. S. 333 bis 34.
[32]) Reichsgerichtsrätekommentar S. 180.
[33]) v. Thur a. a. O. Band II S. 439.
[34]) Staudinger a. a. O. Bd. I S. 507.
[35]) Isay Willenserklärung.
[36]) Titze, Iher. Jahrb. Bd. 47 S. 379 ff.
[37]) Weniger passen würde der Unterschied zwischen schriftlichen und mündlichen Willenserklärungen.

die fortdauernde Möglichkeit gegeben, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Sondern ihrer Natur nach besteht für die nichtverkörperte Erklärung nur im Augenblick der Abgabe die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Das gesprochene Wort verhallt, eine Wahrnehmung nach dem Verhallen ist ausgeschlossen. Auf der anderen Seite schafft für den Erklärenden „der große Vorteil der Aktivität" [38]) einen Ausgleich. Denn erstens kann er sich zwischen den verschiedenen Erklärungsmitteln frei entscheiden. So hebt Rehbein [39]) sehr treffend hervor, daß, „wer das mündliche Wort zur Erklärung wählt, damit selbst bekundet, daß sein Wille vernommen werden soll". Zweitens steht es aber noch in seiner Macht, sich durch Nachfrage gegenüber dem Adressaten genau zu versichern, ob die Erklärung von diesem vernommen ist. „Hier kann der Erklärende das Schicksal seiner Erklärung bis zur Erreichung seines bestimmungsgemäßen Ziels, der Kenntnisnahme durch den Adressaten genau verfolgen. Hier liegt kein Grund vor, den Beginn der Wirksamkeit an einem früheren Zeitpunkt zu knüpfen. Damit stimmt die in Theorie und Praxis herrschende Ansicht überein, daß die an einen Anwesenden gerichtete Erklärung erst wirksam wird, wenn sie vom Adressaten vernommen und verstanden ist. [40])

Diese Lösung verteilt auch am gerechtesten die Rechte und Pflichten zwischen Erklärenden und Empfänger, sodaß auf dieser Grundlage immer eine befriedigende Lösung gefunden werden kann. Daher ist bei nichtverkörperten Willenserklärungen stets zu fordern, daß sie vom Adressaten wirklich verstanden werden. Auch für den Fall, daß dieser dazu nicht imstande ist, oder sich arglistig dem Vernehmen entzieht, darf von dieser Regelung keine Ausnahme gemacht werden. Zwar versuchen es einige Schriftsteller [41]) unter diesen Voraussetzungen wieder mit der Empfangstheorie zu einem billigen Ergebnis zu kommen. Diese übersehen meines Erachtens, daß die Erklärung auch dann vom Empfänger vernommen ist, wenn er zwar nicht durch das vom Erklärenden gewählte Kundgebungsmittel Kenntnis erhalten, aber gleichwohl auf andere Weise dessen Willen verstanden hat. Es ist also dem Erfordernis des Vernehmens auch Genüge getan, sofern nur der Erklärungsgegner den Sinn auch ohne das Hören der Worte verstanden hat. [42]) Hiernach sind die Fälle, in denen sich der Empfänger einer nicht verkörperten Willenserklärung dem Vernehmen zu entziehen vermag auf ein Mindestmaß eingeschränkt.

---

[38]) Ortmann, Recht 1906 S. 722.

[39]) Rehbein I, S. 122.

[40]) Regelsberger a. a. O. S. 274.

[41]) Planck, Bd. I. S. 333; Enneccerus Bd. I S. 122; Goldmann — Lilienthal, Bd. I. S. 173.

[42]) Leonhard, Wahl bei der Wahlschuld S. 33.

Hat der Empfänger aber tatsächlich auf keine Art und Weise von dem Inhalt der Erklärung Kenntnis erhalten, so ist unbedingt daran festzuhalten, daß diese nicht wirksam geworden ist. Wenn man trotzdem bei Fällen der Arglist dem Erklärenden durch Anwendung der Empfangstheorie helfen will, so verkennen diese Schriftsteller, daß die Frage nach den Erfordernissen des Wirksamwerdens streng getrennt von derjenigen nach den Rechtsfolgen des Verhinderns des Wirksamwerdens behandelt werden muß. Die letztgenannte Frage wird Gegenstand des Hauptteils unserer Untersuchungen sein. An dieser Stelle sei nur nochmals festgestellt: wie für die verkörperten Willenserklärungen nach § 130 BGB immer ein Zugehen zu ihrer Wirksamkeit erforderlich ist, so ist aus Umkehrschluß zu § 130 BGB stets für nicht verkörperte Willenserklärungen ein wirkliches Vernehmen durch den Empfänger unerläßlich.

## § 5.

Eine neuzeitliche technische Einrichtung — das Telefon — hat auch eine besondere Art von Willenserklärungen im Gefolge gehabt. Es handelt sich hier um solche Erklärungen, die mittels des elektrischen Drahtes vom Erklärenden zum Empfänger „transportiert" werden. Bei der überragenden Bedeutung, die das Fernsprechwesen im heutigen Rechtsverkehr inne hat, müssen die Erfordernisse des Wirksamwerdens dieser Willenserklärungen noch besonders bestimmt werden.

Willenserklärungen, die mittels Fernsprecher von Person zu Person gemacht werden, stehen ihrem Wesen nach zwischen denen unter An- und Abwesenden.

Denn eine räumliche Trennung von Erklärenden und Empfänger ist allerdings vorhanden. Doch ist die ganze Art und Weise des Gedankenaustauschs den unter Anwesenden gleich. Denn im Augenblick der Abgabe der Erklärung wird dieselbe entweder vom Adressaten vernommen oder nicht, nur daß die Schallwellen erst in elektrische und dann wieder in Schallwellen umgewandelt werden. „Hier wie dort sind es die eigenen mündlichen Worte des Erklärenden, die zum Bewußtsein des Adressaten dringen; die Laute werden auch bei der telefonischen Mitteilung dem Ohr des Adressaten zugeführt, nur nicht durch die Bewegung der Luft, sondern durch den elektrischen Strom. Dadurch ist die räumliche Entfernung der Parteien für die Gedankenübermittlung gewissermaßen überbrückt. Diese vollzieht sich unmittelbar durch mündliche Erklärung" [43]). Daraus rechtfertigt sich die Gleichstellung der telefonischen Erklärung mit der unter Anwesenden oder besser mit der nicht-

---

[43]) Regelsberger a. a. O. S. 274.

verkörperten. Dieses Ergebnis findet seine gesetzliche Bestätigung im § 147 Absatz 1 Satz 2 BGB, der den mittels Fernsprecher gemachten Antrag demjenigen unter Anwesenden gleichstellt. Was aber für den Antrag gilt, das kann meines Erachtens unbedenklich auch für andere empfängsbedürftige Willenserklärungen angenommen werden. [44])

Es ist also auch bei durch Fernsprecher übermittelten Erklärungen aus diesem Grunde stets Vernehmungsbedürftigkeit zu fordern.

## III.

## Das Verhindern des rechtzeitigen Wirksamwerdens einer empfangsbedürftigen Willenserklärung durch den Adressaten.

Hiermit haben wir die Voraussetzungen und die zeitliche Fixierung des Wirksamwerdens von empfangsbedürftigen Willenserklärungen festgestellt. Was soll aber nun geschehen, wenn durch die Verhinderung der Abgabe, des Zugehens oder des Vernehmens dieser Erklärungen durch den Adressaten ihre Wirksamkeit hintangehalten wird?!

Eine dauernde Verhinderung durch den Adressaten ist nicht möglich. Denn § 132 BGB bietet für den Fall, daß dieser sich hartnäckig dem Zugehen entzieht, die Möglichkeit, die Erklärung im Wege der öffentlichen Zustellung gemäß § 132 BGB in Verbindung mit §§ 203 bis 207 ZPO doch wirksam werden zu lassen. Der Erklärungsgegner kann sich also nicht für immer dem „Zugehen" entziehen.

Die Vorschrift des § 132 BGB reicht aber nur aus, wenn die Erklärung an eine lange oder an gar keine Frist gebunden ist. Für solche Erklärungen, die zu ihrer Wirksamkeit innerhalb einer kurzen Frist zugehen müssen, ist der oben bezeichnete Weg meist zu zeitraubend. Denn die erfolgte Zustellung ersetzt zwar das Zugehen vollwertig. Die Erklärung gilt aber auch erst im Zeitpunkt der Zustellung als zugegangen, d. h. sie wird erst in diesem Augenblick wirksam. Würde der Erklärende also den Gerichtsvollzieher in Anspruch nehmen, dann würde in den Fällen einer kurzbemessenen Frist die Erklärung meistens erst nach Fristablauf zugestellt werden können. Damit wäre aber der Erklärende dem Adressaten gegenüber vollkommen schutzlos, da dieser die von ihm selbst vereitelte Willenserklärung als verspätet zurückweisen könnte.

---

[44]) vergl. Leonhard, die Wahl bei der Wahlschuld. Iher. Jahrb. 1900 Bd. 41 S. 33.

Es bleibt also trotz der Bestimmung des § 132 BGB immer noch die Frage offen, wie die Rechtslage ist, wenn der Empfänger das rechtzeitige Zugehen verhindert hat.

Folgende Beispiele lassen die Problemstellung, die sich aus einem solchen Verhalten des Erklärungsgegners ergibt, klar erkennen. Zugleich folgt aus ihnen ohne weiteres, welche enorme praktische Bedeutung einer billigen, aber im Gesetz begründeten Lösung unserer Frage zukommt:

1. Ein Mieter befürchtet, daß ihm zum nächsten Termin gekündigt werde. Er weiß aus anderen Fällen, daß sein Vermieter, um besonders sicher zu gehen, Kündigungserklärungen immer unter Einschreiben übersendet. Er bleibt daher, ohne eine erwachsene Person zurückzulassen, in der kritischen Kündigungszeit von Hause weg. Der Postbote versucht auch vor Ablauf der Kündigungsfrist, den Einschreibebrief zuzustellen. Dieser und ein nochmaliger fristgemäßer Zustellungsversuch bleibt aber erfolglos. Nach Fristablauf kehrt der Mieter zurück und die Zustellung an ihn wird alsdann bewirkt. Er lehnt die Kündigung als nicht rechtzeitig erfolgt ab.

2. Würde es im obigen Falle an der Rechtslage etwas ändern, wenn der Brief auch nachträglich nicht mehr zugestellt, sondern an den Erklärenden zurückgesandt worden wäre; dieser aber eine nochmalige Zustellung oder auch nur Mitteilung nicht versucht hätte?

3. Ein Kaufmann bietet seinem Geschäftsfreund in einer anderen Stadt telefonisch Wertpapiere zu einem festen Preise an. Dieser kann sich im Augenblick nicht entschließen. Daraufhin erklärt K., G. möchte sich die Sache überlegen, er (K.) halte sich bis 7 Uhr abends an sein Angebot gebunden und sei bis zu diesem Zeitpunkt bestimmt unter der Nr. XY in seinem Büro durch Fernsprecher zu erreichen. Später verläßt K., ohne noch an seine Abmachung mit G. zu denken, zu einer Vergnügungstour sein Büro. Um 6½ Uhr versucht nun G. mehrmals den K. anzurufen, kann ihn aber nicht erreichen, da K. seinen Empfangsbevollmächtigten zurückgelassen hatte. Darauf teilt G. dem K. brieflich mit, daß er seine Offerte annehme. Am anderen Morgen sind die Wertpapiere erheblich gestiegen. K. weist daher die ihm nunmehr in den Briefe des G. zugegangene Annahmeerklärung als verspätet zurück.

4. Wie wäre es, wenn G. erst nach zwei Wochen oder überhaupt nicht mehr die Annahme des Angebotes dem K. gegenüber wirksam wiederholt hätte?

5. Anders liegt wieder der Fall, wenn K. nicht zu einer Vergnügungstour fortgegangen, sondern durch einen Blitzschlag gelähmt worden wäre, sodaß er aus diesem Grunde nicht zum Telefon gehen konnte.

Es ist nicht Aufgabe dieser Abhandlung, eine erschöpfende Aufzählung auch nur der typischen praktischen Beispiele unseres Fragenkom-

plexes zu geben. Die oben angeführten Beispiele sollten vielmehr nur ein plastisches Bild unseres Problems geben und zugleich zeigen, daß in fast allen Fällen eine Hilfe des Erklärenden durch § 132 BGB ausgeschlossen ist, wenn es sich um eine kurzbefristete Willenserklärung handelt.

Weder diese Vorschrift noch sonst eine Bestimmung des geltenden Rechtes beschäftigt sich mit der Verhinderung der R e c h t z e i t i g k e i t einer empfangsbedürftigen Willenserklärung durch den Adressaten.

Diesen Mangel hat man schon zur Zeit des Entwurfes erkannt. Zitelmann [45]) und andere [46]) forderten nämlich zu § 74 des Entwurfes, der in dem endgültigen § 130 BGB aufging, einen besonderen Absatz zur Ausfüllung dieser Lücke im Gesetz.

§ 70 Absatz 2 sollte folgende Fassung erhalten: „Unter Zugehen .... versteht das Gesetz, daß die Erklärung zur Kenntnis des anderen kommt. Dieser kann sich jedoch auf seine Nichtkenntnis nicht berufen, wenn er die Kenntnisnahme vorsätzlich oder fahrlässig gehindert hat, . . .“

Doch einerseits ist es unmöglich, ohne eine derartige gesetzliche Vorschrift den Absatz 2 des § 74 auf unser geltendes Recht anzuwenden, wie dies einige Schriftsteller [47]) ohne nähere Begründung tun. Andererseits sollte es nun wirklich rechtens sein, daß der Erklärende solcher Willkür des Adressaten gegenüber keinen Schutz finden kann? Sollte der Adressat jeder Zeit ohne nachteilige Rechtsfolgen das rechtzeitige Wirksamwerden einer Willenserklärung verhindern können?

In dem Wunsche, diesem Mißstande abzuhelfen, sind sich wohl alle Schriftsteller und auch die Rechtsprechung einig. Doch über die Voraussetzungen und die juristische Konstruktion dieses Schutzes für den Erklärenden ist man bis heute noch äußerst verschiedener Meinung.

Die einen halten den Erklärenden nur bei V o r s a t z des Empfängers für schutzbedürftig. Andere wieder lassen überhaupt j e d e s schuldhafte Verhalten — also auch das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt — genügen. Schließlich wird auch noch die Ansicht vertreten, daß der Adressat sogar für einen Zufall einzustehen habe, wenn er in seiner Person begründet ist.

Diese Streitfrage läßt sich so allgemein gestellt überhaupt nicht befriedigend lösen. Sondern man muß bei Entscheidung der vorliegenden Fragen scharf unterscheiden, ob der Empfänger zur Entgegennahme einer Erklärung verpflichtet ist oder nicht. Wenn nach diesem Gesichtspunkte

---

[45]) Zitelmann, Rechtsgeschäft S. 169.

[46]) Kohler Arch. Bürgerl. Recht Bd. I S. 296.
Hölder, Arch. Zivil. Praxis. Bd. 73. S. 1.

[47]) Zitelmann, Allg. Teil. S. 96; Rehbein. Das BGB mit Erläuter. S. 96.

eine folgerichtige Trennung vornimmt, kommt man zu einem klaren und billigen Ergebnis, wie unten zu zeigen ist.

Eine Unterscheidung will man ferner danach treffen, ob der Empfänger überhaupt schon die Abgabe oder das Zugehen bei verkörperten oder das Vernehmen bei nichtverkörperten Willenserklärungen verhindert habe. Daher ist bei den zur Lösung unseres Problems abzuhandelnden Theorien nicht jedes Mal ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß sie nur für den bestimmten Fall des Verhinderns der Abgabe, des Zugehens oder des Vernehmens aufgestellt sind. Sie wollen also für die anderen Möglichkeiten nicht unmittelbar, sondern nur entsprechend gelten. Aber es ist meiner Ansicht nach vollkommen überflüssig, eine derartige Unterscheidung zu konstruieren. Denn sowohl das Verhindern der rechtzeitigen Abgabe sowie des Zugehens als auch des Vernehmens einer empfangsbedürftigen Willenserklärung zieht als einzig *wesentliche* Rechtsfolge die Unwirksamkeit der Erklärung nach sich. Dabei kann es gleich sein, ob der Empfänger demjenigen, der die Erklärung abgeben will, den Mund zuhält und dadurch eine rechtzeitige Abgabe verhindert; oder ob er sich von Hause entfernt, um das rechtzeitige Zugehen eines eingeschriebenen Briefes zu vereiteln; oder ob er sich selbst die Ohren zuhält, um die Erklärung nicht zu vernehmen. Rechtlich betrachtet ist eben durch sein Tun immer nur das *Wirksamwerden* der Erklärung *verhindert* worden.

Zweitens kann, wie wir noch weiter unten sehen werden, in jedem Falle dem Erklärenden auch der gleiche Schutz zuteil werden. Also sind Ursache und Folge in jedem Falle gleich.

Aus diesem Grunde möchte ich der nunmehr zu beantwortenden Frage folgende Fassung geben:

> Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn derjenige, an den eine Willenserklärung gerichtet ist, das rechtzeitige Wirksamwerden dieser Erklärung verhindert?!

# 1. Abschnitt.

## Versuche, die eine Pflicht zur Entgegennahme nicht voraussetzen.

### § 6.

Es sollen im folgenden zunächst die Theorien behandelt werden, die eine Entgegennahmepflicht nicht voraussetzen oder doch wenigstens keinen *entscheidenden* Wert hierauf legen.

Maß [1]) hat schon auf dem Boden des gemeinen Rechtes diese Frage aufgeworfen und sie im gleichen Sinne beantwortet. Allerdings geschah es wenig ausführlich und ohne weitere Folgerungen aus dem Ergebnis zu ziehen.

Für das neue Recht hat als erster Habicht [2]) hierzu ausführlich Stellung genommen. Er versuchte zunächst § 162 BGB unmittelbar auf unser Problem anzuwenden, wenn es sich um eine absichtliche Verhinderung durch den Adressaten handelte. Im § 162 BGB wird der Eintritt einer Bedingung dann fingiert, wenn die Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, ihren Eintritt wider Treu und Glauben verhindert hat. Ebenso soll das Wirksamwerden einer Willenserklärung in dem Falle durch die Fiktion herbeigeführt werden, wenn der Empfänger das rechtzeitige Zugehen arglistig verhindert hat. Wird demnach das Zugehen einer Willenserklärung vereitelt, „so muß sie kraft der ausdrücklichen Vorschrift des § 162 BGB der wirklichen Abgabe der Erklärung gleichgestellt werden. Dies gilt gleicherweise, ob es sich um Abgabe einer schriftlichen oder einer mündlichen Erklärung, gegenüber einem An- oder Abwesenden handelt. Die Erklärung braucht bei einem solchen Verhalten nicht einmal abgegeben zu sein, wenn eben schon die Abgabe durch das arglistige Verhalten des Adressaten vereitelt worden". [3])

Nun ist leider aus Habicht's Ausführungen nicht zu erkennen, was er als Bedingung in diesem Tatbestande ansieht. Daher ist es verständlich, daß in den Besprechungen zu seiner Theorie verschiedene Ansichten darüber vertreten werden. So sieht Planck [4]) in dem Zugehen selbst eine Bedingung, während Dernburg [5]) und Titze [6]) glauben, Habicht erblicke in der Fristsetzung die Bedingung. Doch scheint mir Habicht in der Erklärung allein die Bedingung für das Rechtsgeschäft zu sehen. Das geht aus folgendem Zitat deutlich hervor:

„Denn in allen Fällen, wo eine Willenserklärung binnen einer bestimmten Frist abgegeben werden muß, damit ein Vertrag zustande komme oder das Schuldverhältnis eine bestimmte Umgestaltung erfahre, liegt eine Bedingung vor, von deren Eintritt oder Nichteintritt diese Rechtsfolge abhängig ist. Klar ausgesprochen ist das im Gesetz für den Kauf auf Probe".

Ob diese Ansicht Habicht's richtig ist, kann für uns dahingestellt bleiben. Denn selbst ihre Richtigkeit vorausgesetzt oder die Meinungen von Dernburg und Planck unterstellt, ist die Begründung Habicht's nicht zu

---

[1]) Maß, der Vertragsschluß auf elektrischem Wege, S. 71 ff.
[2]) DJZ. 1901 S. 264.
[3]) Habicht DJZ. 1901 S. 264 ff.
[4]) Planck, a. a. O. 236.
[5]) Dernburg a. a. O. S. 451.
[6]) Titze a. a. O. S. 441.

halten. Sei es, daß man im Zugehen, in der Fristsetzung oder in der Erklärung selbst eine Bedingung sieht, immer handelt es sich um eine sogenannte unechte Bedingung (condicio juris oder Rechtsbedingung), die nicht unter die §§ 158 ff BGB fällt. Denn es sind keine accidentalia negotii, sondern notwendige Tatbestandsmerkmale — sogenannte essentialia negotii — eines Rechtsgeschäftes. Nach Habicht's Theorie müßten daher alle Rechtsgeschäfte als bedingte aufgefaßt werden, da jedes Rechtsgeschäft immer nur unter bestimmten Voraussetzungen wirksam ist. Beim Kauf auf Probe ist allerdings eine unmittelbare Anwendung der §§ 158 ff kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung angängig. Aber gerade daraus, daß der Gesetzgeber in einer Einzelbestimmung ein Rechtsgeschäft besonders und ausdrücklich als ein bedingtes anerkannt hat, ergibt sich ohne weiteres, daß eine beliebige Erweiterung der Anwendungsmöglichkeit der §§ 158 ff in Habicht's Sinne dem Gesetz widerspricht. Aus argumentum e contrario folgt vielmehr zwangsläufig, daß das Gesetz eine allgemeine Anwendung der vorgenannten Bestimmungen auf Rechtsbedingungen ausdrücklich ablehnt.

Das hat Habicht verkannt. Daher ist eine unmittelbare Anwendung von § 162 BGB gänzlich ausgeschlossen.

Wenn Habicht dies auch nicht klar gesehen hat, so fühlte er doch, daß in seiner Beweisführung etwas nicht stimmte. Später schlägt er nämlich selbst vor, falls „überhaupt oder im besonderen Falle Bedenken gegen die direkte Anwendung vorliegen", § 162 BGB. analog anzuwenden.

Aber auch dieser Ansicht ist nicht beizutreten, da sie mit dem Wesen der Analogie nicht vereinbar ist. Denn eine Gesetzesanalogie ist nur dann zulässig, wenn sich aus einer einzelnen Bestimmung des Gesetzes ein umfassenderer Obersatz ableiten läßt. Dieser Obersatz müßte in unserem Falle etwa lauten: ein Ereignis, dessen Eintritt schuldhaft verhindert wird, gilt als eingetreten. Allein einen solchen Rechtssatz haben wir nicht. Sondern es geht aus mehreren Bestimmungen hervor, daß eine derartige Norm im Gegensatz zum Gesetz steht. So wird zum Beispiel, wenn der Beschenkte dem Schenker oder ein im Testament Bedachter den Erblasser am Widerruf hindert, der Widerruf nicht fingiert (§§ 530 Absatz 2 und 2339 Ziffer 2 BGB). Sondern § 530 Absatz 2 BGB gibt dem Erben des Schenkers nur das Recht, noch nachträglich zu widerrufen, wie auch im Falle des § 2339 Ziffer 2 BGB nur die Möglichkeit besteht, das Testament wegen Erbunwürdigkeit anzufechten. Hieraus erhellt, daß das BGB eine solche Bestimmung, die aus Gesetzesanalogie zu § 162 zu folgern wäre, ablehnt. Da hierdurch das Fundament der ganzen Theorie zu § 162 BGB erschüttert ist, erübrigt es sich, auf diejenigen Ansichten noch weiter einzugehen, die auf dieser Grundlage auch eine Lösung für jegliches schuldhafte Verhalten des Empfängers aufbauen wollen. Habicht selbst begründet diese Erweiterung damit, daß er es als ein dringendes

Verkehrsbedürfnis hinstellt, den für die Arglist aufgestellten Grundsatz auf sämtliche Fälle von Verschulden überhaupt auszudehnen. Diese Beweisführung schwebt schon deswegen im leeren Raum, weil ihr jede rechtliche Grundlage fehlt.

## § 7.

Nachdem dieser Versuch Habicht's als gescheitert anzusehen ist, durch Analogie zur Lehre von der Bedingung zum Ziele zu kommen, ist noch ein zweiter Vorschlag von ihm zu prüfen.

Hierbei will er mit der Analogie zur Lehre vom Gläubigerverzug (§ 293 ff BGB) helfen. Er stellt folgenden Satz auf: „Wie der Gläubiger eine Leistung des Schuldners entgegenzunehmen hat, so hat in unserem Falle der Adressat eine Willenserklärung des Gegners entgegenzunehmen. Nimmt der Gläubiger die ihm gehörig angebotene Leistung nicht an, so gerät er in Verzug, d. h. die aus der Nichtannahme entstehenden Nachteile muß er tragen. Diese Folge trifft den Gläubiger . . . ., ohne daß ihn irgend ein Verschulden bei der Nichtannahme zur Last zu fallen braucht."

Also würde sich der Absender einer Willenserklärung genau in derselben Lage befinden wie der Schuldner. Daher sei im Wege der Analogie zu den §§ 293 ff BGB das Wirksamwerden einer Willenserklärung zu fingieren, sofern nur der Erklärende alles getan habe, was in seiner Macht stehe. Im ersten Augenblick scheint dies eine bestechende Lösung, die jedoch einer genaueren Prüfung nicht standhalten wird. Schon bei der Frage, was tut der Erklärende und was der Schuldner, erweist sie ihre Unhaltbarkeit.

Der Erklärende wird meist ein subjektives Recht ausüben, während der Schuldner die Erfüllung seiner Verpflichtung gegen den Gläubiger betreibt. Damit befindet sich die rechtliche Stellung des Absenders einer Willenserklärung mit der des Schuldners im offenen Gegensatz. Allein aus diesem Grunde ist obige Lösung unrichtig, da eine Analogie nur bei Gleichheit der rechtlichen Stellung verschiedener Fälle geboten ist, bei der einer im Gesetz ausdrücklich geregelt ist und die anderen entsprechend zu behandeln sind.

Obendrein würden wir unmittelbar gegen § 130 BGB verstoßen. Denn diese Vorschrift bestimmt ja ausdrücklich, daß außer der Handlung des Erklärenden noch etwas anderes zum Wirksamwerden der Erklärung gehört. Sie kann also nie allein dadurch wirksam werden, daß der Absender alles getan hat, was an ihm lag. Habicht bedenkt nicht, daß der Schuldner, dessen Gläubiger sich im Verzug befindet, von der Leistung nicht frei wird, sondern nachleisten muß. Zum mindesten müßte also

der Erklärende die Erklärung nachholen, die dann der Erklärungsgegner als rechtzeitige gegen sich gelten lassen müßte. Eine Fiktion ist aber vollends unmöglich.

Der Einwand Habicht's § 130 BGB bestimme nicht, daß eine Erklärung e r s t , sondern j e d e n f a l l s im Augenblick des Zugehens wirksam werde, kehrt den Sinn dieser Bestimmung gänzlich um. Denn § 130 BGB will wenigstens für die verkörperten Willenserklärungen allgemein und bestimmt dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens ein für allemal festlegen.

Also hat uns auch dieser Vorschlag dem Ziel nicht näher gebracht.

## § 8.

Einen ganz eigenartigen Versuch hat Landau [7]) unternommen. Er leitet aus den beiden §§ 121 und 149 BGB den Obersatz ab: „Eine rechtzeitig abgegebene Erklärung wird grundsätzlich als eine rechtzeitige behandelt.

a) Dieser Satz gilt uneingeschränkt für den Fall, daß das Zugehen der Erklärung infolge von Umständen, die mit der Person des Adressaten zusammenhängen, verspätet erfolgt.

b) Erfolgt die Verspätung aus äußeren, d. h. weder mit der Person des Erklärenden noch der des Adressaten [8]) zusammenhängenden Ursachen (z. B. durch ein Versehen der Post), so ist zu unterscheiden:

1. Besteht ein schutzwürdiges gesteigertes Interesse des Adressaten an der Rechtzeitigkeit des Zugehens (was in der Mehrzahl der Fälle zutrifft): dann hat der Adressat das Recht, die Erklärung abzulehnen, ein Recht, daß er unverzüglich, nachdem er den Grund der Verspätung erkannt hat, oder hat erkennen müssen, ausüben muß.
2. Besteht kein solches Interesse des Adressaten: dann gilt der Hauptsatz wiederum uneingeschränkt".

Den Satz, den Landau an die Spitze gestellt hat, sucht er auch theoretisch aus dem Wesen der Wahrung von Erklärungsfristen zu rechtfertigen. Er weist darauf hin, daß zur Zeit, wo eine rechtzeitige Abgabe der Erklärung noch möglich sei, offenbar das durch die Erklärung auszuübende Recht noch bestehe; erfolge dann die rechtzeitige Abgabe, so habe die Ausübung des Rechts begonnen und dies könne nicht mehr durch Fristablauf erlöschen; denn von einer Versäumung der Frist könne

[7]) Landau, Diss. Göttingen 1905 S. 70.
[8]) Diese Fälle werden nicht von dem von Landau umrissenen Thema betroffen.

nicht mehr geredet werden, wenn auch die Erklärung nach Ablauf der Frist zugehe. Hieraus folgert Landau, daß mit der rechtzeitigen Abgabe bereits die für das Erfolgen der Erklärung bestimmte Frist gewahrt sei, und es entspräche daher nur der Natur der Sache, wenn die rechtzeitig abgegebene Erklärung stets grundsätzlich als eine wirksame behandelt werde. [9])

Durch diese Aufführung widerlegt Landau sich selbst, da er sich hier im offenen Gegensatz zum Gesetz befindet. Denn der Zeitpunkt des Wirksamwerdens ist eben allgemein nach § 130 BGB nicht an die Abgabe, sondern an das Zugehen geknüpft. So vertreten auch das Reichsgericht [10]) und die Mehrzahl der Schriftsteller [11]) den Standpunkt, daß nicht der Zeitpunkt der Abgabe, sondern der des Zugehens einer Annahmeerklärung für die Rechtzeitigkeit des Vertragsschlusses entscheidend sei. Wir haben bereits eingehend darauf hingewiesen, daß durch das Zugehen oder das Vernehmen auch der Zeitpunkt des endgültigen Wirksamwerdens erst fixiert ist.

Die §§ 121 und 149 BGB sind also im Verhältnis zu § 130 BGB nur Ausnahmevorschriften, die zudem nicht in dem von Landau behaupteten inneren Zusammenhang stehen. Also kann auch Landau's Beweisführung keine Fiktion des Wirksamwerdens einer empfangsbedürftigen Willenserklärung begründen.

## § 9.

Schließlich hat sich auch noch das Reichsgericht bei Arglist für die Fiktion des Zugehens entschieden. In seiner ersten Entscheidung [12]), in der es sich mit einem Fall des bloßen Verschuldens beschäftigt, tritt es allerdings nur für die Nachholbarkeit der Erklärung ein. Sollte dadurch jedoch eine Frist versäumt sein, so wird dem Adressaten es unmöglich gemacht, sich hierauf zu berufen. Denn aus den §§ 157, 162, 242, 320 Absatz 2 und 815 BGB leitet das Reichsgericht ab, daß es gegen Treu und Glauben verstoßen würden, wenn der Empfänger sein schuldhaftes Verhalten zu seinem eigenen Vorteil ausnutzen dürfe. „Wer die Verspätung des Zugehens einer für ihn bestimmten Willenserklärung verschuldet hat, hat dadurch freilich nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, wohl aber handelt er gegen Treu und Glauben, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteile eines anderen einen Vorteil herleiten will.“ [13])

---

[9]) Landau, a. a. O. S. 71 ff.
[10]) Reichsgericht Bd. 49, S. 132; Bd. 53, S. 61.
[11]) Enneccerus, a. a. O. S. 397; Dernburg a. a. O. S. 435; Planck a. a. O. S. 264.
[12]) RG in J. W. 1904 Seite 337.
[13]) RG Bd. 58 S. 406.

Weiter geht das Reichsgericht in der Entscheidung vom 13. Juli 1904 hier [13]) fingiert es — doch nur im Falle der Arglist — die Rechtzeitigkeit der Erklärung. Seine Begründung findet es wiederum in dem Grundsatz von Treu und Glauben. „Nach den §§ 162 und 815 BGB gelten eine Bedingung und ein mit einer Leistung bezweckter Erfolg als eingetreten, wenn der Eintritt wider Treu und Glauben vereitelt ist. Diese Bestimmungen sind nicht Ausnahmevorschriften, sondern Einzelanwendungen des das BGB beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben. Ihre entsprechende Anwendung auf Fälle der vorliegenden Art ist demnach nicht ausgeschlossen, sondern geboten."

In einem späteren Urteil vom 9. Mai 1919 [14]) hat das Reichsgericht in ähnlicher Weise entschieden. „Hat derjenige, welchem der Vertrag eine befristete Rechtsausübung einräumt, alles getan, was in seinen Kräften stand, um unter Anpassung an die gegebenen Einrichtungen seine Erklärung dem anderen Vertragsteile rechtzeitig zugehen zu lassen, und ist der Mißerfolg, d. h. das verspätete Eintreffen dieser Erklärungen lediglich auf Umstände zurückzuführen, welche in der Person des Empfängers lagen, so muß die Erklärung als rechtzeitig zugegangen erachtet werden. [15])

In den bisher angeführten Entscheidungen hat das Reichsgericht nur die Rechtzeitigkeit der Erklärung fingiert. Die nachträglich noch zugegangenen Erklärungen wurden als rechtzeitige erachtet. Die Frage, wie es zu halten sei, wenn die vereitelte Erklärung aber überhaupt nicht zugegangen sei, wurde hierbei ausdrücklich offengelassen.

Erst in dem Urteil vom 5. Januar 1925 hat das Reichsgericht [16]) hierzu Stellung genommen. Es hält bei arglistiger Vereitelung die Fiktion des Zugehens selbst — also nicht nur der Rechtzeitigkeit — für anwendbar. Dagegen lehnt es bei lediglich schuldhafter Verhinderung die Fiktion des Zugehens ab. Es führt aus, das Gesetz gebe für den letzten Fall keine Grundlage, die Erklärung sei und bleibe nicht zugegangen. Der Erklärende könne nach § 132 BGB, also durch den Gerichtsvollzieher zustellen und wenn er hiervon unverzüglich Gebrauch mache, müsse sich der Empfänger so behandeln lassen, als sei ihm die Erklärung schon im Zeitpunkt der Annahmeverweigerung zugegangen.

Es ist nicht zu ersehen, in welcher Bestimmung das Reichsgericht für die Fiktion des Zugehens einer arglistig vereitelten Erklärung eine gesetzliche Grundlage gefunden zu haben glaubt. Festzustellen ist vielmehr, daß sowohl bei arglistiger als auch bei bloß schuldhafter Verhinderung eine Fiktion durch keinen Rechtssatz begründet werden kann. Eine unter-

[14]) RG Bd. 95 S. 315.
[15]) RG Bd. 95 S. 315.
[16]) RG Bd. 110 S. 34.

schiedliche Behandlung ist daher jedenfalls nicht gerechtfertigt. Das ist in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 30. März 1927[17]) treffend hervorgehoben. Diese Erkenntnis wird aber nicht folgerichtig angewandt. Das Oberlandesgericht verfällt vielmehr in den noch schwereren Fehler nun auch bei bloßem Verschulden das Zugehen selbst zu fingieren und entfernt sich damit noch weiter vom Gesetz. Es führt aus: „Eine besondere gesetzliche Grundlage ist auch bei späteren tatsächlichen Zugehen nicht gegeben. Sie ist vielmehr ein Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben. Aus diesem das ganze Rechtsleben beherrschenden Satze muß auch entnommen werden, daß derjenige, der schuldhaft das Zugehen einer Erklärung völlig vereitelt, sich behandeln lassen muß, als sei ihm die Erklärung zugegangen. Er darf nicht besser gestellt werden als derjenige, der nur eine Verspätung des Zugehens verschuldet. Auch aus dem Hinweise, die Erklärung sei und bleibe nicht zugegangen, ist nichts gegen die hier vertretene Ansicht zu entnehmen; denn auch im Falle der Verhinderung des Zugehens durch arglistiges Verhalten, in dem auch RG. 110,36 die Fiktion des Zugehens für zulässig hält, ist die Erklärung nicht zugegangen."

Es läßt sich kaum ein besseres Beispiel dafür finden, daß man mit Treu und Glauben keine Rechtssätze begründen kann, als die oben angezogenen höchstrichterlichen Entscheidungen. Aus ihnen spricht eine derartige Unsicherheit und Unstetigkeit, daß man ihnen schon deshalb nicht folgen kann.

Trotzdem sind dem Reichsgericht viele Schriftsteller[18]) zum Teil mit einigen Erweiterungen beigetreten. So Dernburg[19]): „Nach Treu und Glauben kann sich niemand darauf berufen, daß der Gegner eine ihm offenstehende Frist nicht einhielt, wenn in ihm selbst der Grund lag, daß sie nicht eingehalten werden konnte". Auch Enneccerus[20]) vertritt den Standtpunkt, daß selbst, wenn der Umstand nur in der Person des Empfängers liegt — also auch ohne Verschulden —, dieser sich nicht auf das verspätete Zugehen berufen könne.

Hiergegen wandten sich jedoch wieder v. Blume[21]) und Oertmann[22]). Beide lehnen eine Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Sinne einer exeptio oder replica doli generalis des früheren Rechts ab. Sie wollen also die exceptio im Gegensatz zu Enneccerus nicht anerkennen. Ueber diese Frage kann hier hinweg gegangen werden. Doch

---

[17]) J. W. 1927 S. 1708.
[18]) vergl. Krückmann, Institutionen S. 306; David Gruch. Beiträge Bd. 46, S. 239.
[19]) Dernburg a. a. O. S. 433.
[20]) Enneccerus a. a. O. S. 406.
[21]) v. Blume Iher. Jahrb. Bd. 51, S. 1 ff.
[22]) Oertmann Bd. I S. 406.

ist im Rahmen unseres Problems die Frage, ob der Grundsatz von Treu und Glauben vom Reichsgericht nicht zu sehr im Sinne von Billigkeit gebraucht wird, einer näheren Betrachtung wert.

Dieser Grundsatz ist vom Gesetzgeber als oberstes Prinzip über unser ganzes Rechtssystem gesetzt. Denn er war sich klar, daß er nicht für jeden einzenen Fall nach besonderer Lage der Dinge eine gesetzliche Norm schaffen konnte, daß aber auch daher für die Beurteilung des konkreten Falls dem Richter eine Formel gegeben werden mußte, mit der er das Gesetz je nach besonderer Lage der Dinge anwenden sollte. Aber dem Richter wurde dadurch nicht die Möglichkeit gegeben, wie es in Rom der Prätor tat, selbst Recht zu setzen, sondern nur bei der Anwendung des Gesetzes die Interessen gegeneinander abzuwägen. In unserem Staate sind Rechtsetzung und Rechtsprechung scharf voneinander zu trennen. Daher scheint es doch gewagt, mit dem Prinzip von Treu und Glauben nur aus Billigkeitsgefühlen die Entscheidungen des Reichsgerichts zu begründen. Mit einer derartigen Begründung würde man der Freirechtsschule zu weit entgegenkommen. Das verstößt aber gegen den Aufbau unserer gesamten Rechtsordnung. Das Ergebnis ist denn auch, wie bereits betont, eine immer mehr um sich greifende Rechtsunsicherheit. Diese tunlichst zu vermeiden, ist vornehmste Aufgabe von Theorie und Praxis. So kann man auch von Blume [23]) verstehen, wenn er ausruft: „Wer so Rechtssätze begründet, wie es in dem Reichsgerichtsurteil geschehen ist, der stellt sich über das Recht."

## § 10.

Wie die zuerst behandelten Versuche einer Lösung auf verschiedenem Wege alle zu demselben Ergebnis — der Fiktion — gelangten, so kommen die nun zu besprechenden Theorien ebenfalls auf verschiedenen Wegen zu demselben Ergebnis. Doch der grundlegende Unterschied besteht darin, daß sie nicht eine Fiktion, sondern nur eine Verlängerung der Frist zum Schutze des Erklärenden fordern. Die Erklärung soll also — wie stets — entweder mit dem Zugehen oder mit dem Vernehmen wirksam werden. Daher muß der Erklärende allerdings seine Erklärung unverzüglich — eventuell im Wege des § 132 BGB in Verbindung mit §§ 203 bis 207 ZPO — wiederholen. Doch gilt bis zu diesem Zeitpunkt die Frist als noch nicht verstrichen.

Dieses Ergebnis sucht Titze [24]) mit der Analogie zur Lehre von Gläubigerverzug zu begründen. Es ist zuzugeben, daß er Habicht's Theorie, die über demselben Weg zu einer Fiktion gelangte, durch seine Ausführungen bedeutend verbesserte. Er geht davon aus, daß überall da, wo

---

[23]) von Blume in Iher. Jahrb. Bd. 51 S. 1 ff.
[24]) Titze, a. a. O. S. 452 ff.

die Vornahme eines Rechtsgeschäfts an eine bestimmte Frist geknüpft sei, das Gesetz diese Frist im Interesse desjenigen angeordnet habe, demgegenüber die Erklärung abzugeben sei. Aus diesem Grunde sei, soweit es sich um die Rechtzeitigkeit handele, der Empfänger der Willenserklärung an deren Abgabe in ähnlicher Weise interessiert wie der Gläubiger eines Schuldverhältnisses an der Bewirkung der Leistung. Nach Titze liegt es demnach „nicht nur nahe, sondern erscheint geradezu geboten, diesen die Lehre vom Annahmeverzug beherrschenden Grundsatz im Wege der Rechtsanalogie auf unsere Fälle zu übertragen." Wie der Gläubiger, der sich im Verzuge befindet, die Leistung noch nachträglich annehmen muß und sich nicht auf die Verspätung berufen darf, so muß in Anwendung dieses Grundsatzes auf den Adressaten dieser die nachträglich erfolgte Willenserklärung als rechtzeitige gegen sich gelten lassen. Diese Regelung soll Platz greifen ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Adressaten, wenn nur die Umstände der Verspätung in dessen Person liegen, da der Gläubiger nach §§ 293 ff BGB ebenfalls ohne Verschulden in Verzug gerät. Hiermit glaubt Titze folgende Formel begründet zuhaben: „Ist eine befristete Willenserklärung ordnungsmäßig abgegeben, ihr rechtzeitiges Zugehen aber aus Gründen gescheitert, die in der Person des Adressaten liegen, so muß dieser die Willenserklärung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie ihm erst angemessene Zeit nach Fristablauf zugeht."

Die Willenserklärung kann also, wenn sie nicht zugegangen ist, auch nicht als zugegangen g e l t e n , sondern sie muß nachträglich t a t s ä c h - l i c h zugegangen sein. Hierdurch hat Titze wenigstens mit Folgerichtigkeit die Grundsätze des Gläubigerverzuges auf unsere Fälle übertragen, da doch die Leistung auch nicht einfach unterbleiben darf, sondern, wenn auch verspätet, doch wirklich erfolgt sein muß. Zwar hat Titze hierdurch Habicht in einem nicht ganz unerheblichen Punkte verbessert, doch bleibt von ihm der Grundfehler unbeachtet.

In den §§ 293 ff BGB handelt es sich nämlich um einen ganz anderen Gedankengang als in unserem Problem. Daher ist eine Analogie wegen Ungleichartigkeit des Tatbestandes wie bei der Besprechung von Habicht's Ausführungen eingehend gezeigt wurde, abzulehnen.

Da nun Titze und Habicht auf derselben erschütterten Grundlage aufbauen, erübrigt es sich an dieser Stelle, auch noch Titze in besonderer Begründung zu wiederlegen. Denn mit dem Fundament fällt der ganze Bau.

## § 11.

Einen anderen Weg, mit Hilfe der Analogie zum Ziele zu kommen weist uns Wendt [25]) in seiner Abhandlung „Unterlassungen und Versäumnisse".

---

[25]) Wendt, Arch. Zivil. Praxis Bd. 92.

Er will den § 530 Absatz 2 BGB auf unseren Fall analog anwenden. Im allgemeinen erlischt das Widerrufsrecht des Schenkers durch seinen Tod. Doch steht ausnahmsweise dem Erben des Schenkers das Recht des Widerrufs noch zu, „wenn der Beschenkte vorsätzlich und widerruflich den Schenker getötet oder am Widerrufe gehindert hat" (§ 530 Absatz 2 BGB). Diese Vorschrift überträgt Wendt auf unseren Fall: „Wie bei der Schenkung der Tod des Schenkers den Widerruf ausschließt, so beseitigt hier der Fristablauf die Möglichkeit derselben (Erklärung). Es wird also in der Tat die gleiche Rechtsfolge ausgesprochen, wenn wir annehmen, die Frist bleibe, um der Verhinderung willen noch offen".[26]).

Eine solche analoge Anwendung des § 530 Absatz 2 BGB verstößt aber gegen den Sinn dieser Vorschrift. Wenn schon wegen der besonderen Stellung, die die Schenkung als einseitig verpflichtender Vertrag (contractus unilateralis) einnimmt, ist es bedenklich, eine Verallgemeinerung der sie betreffenen Rechtssätze vorzunehmen. Hinzu kommt noch, daß im § 1584 BGB, der doch auch vom Widerruf des Schenkers handelt, nicht einmal auf § 530 BGB verwiesen wird.

Eindeutig zeigen endlich auch die Motive [27]), welche Stellung § 530 Absatz 2 BGB im System des BGB einnimmt. Es ist nämlich nur ein Zugeständnis an das allgemein geltende Recht gewesen, als man diese Vorschrift in das BGB aufnahm. Man glaubte, daß man sich" gegen die überall in den Rechten anerkannten und auch in heutigen Rechtsbewußtsein wurzelnden Gebote der Ethik keineswegs indifferent verhalten dürfe. Im Hinblick darauf konnte sich der Entwurf der Anerkennung dieses vom juristischen Standpunkt allerdings anormal erscheinenden Widerrufsrecht nicht entziehen".

Demnach ist es unmöglich, aus einer derartig „anormalen" Einzelbestimmung einen solch allgemeinen Rechtssatz abzuleiten. Wendt befindet sich also im Gegensatz zu der „Maxime, daß aus Ausnahmebestimmungen keine Konsequenzen gezogen werden dürfen". [28]) Somit fällt die Wendt'sche Theorie in sich zusammen.

## § 12.

Von Blume [29]) will nun, indem er zu § 530 Absatz 2 noch die Vorschriften der §§ 123 und 2339 Ziffer 2 BGB heranzieht, aus der Gesetzes-eine Rechtsanalogie auf erweiterter Grundlage mit folgender Beweisführung aufbauen.

---

26) Wendt, a. a. O. S. 212.
27) Bd. II S. 302.
28) RG Bd. 96 S. 309.
29) v. Blume Iher. Jahrb. Bd. 51, S. 1 ff.

Grundsätzlich haftet derjenige, der vorsätzlich und widerrechtlich eine Vermögensverschiebung herbeigeführt hat, auf Schadenersatz. Doch enthält das Gesetz für bestimmte Fälle Sondervorschriften zum Schutze des Beschädigten.

Unter diesem Gesichtspunkt will v. Blume die genannten §§ zusammenfassen. Im § 123 BGB ist eine ungewollte Willenserklärung vorsätzlich und widerrechtlich herbeigeführt, während in den §§ 2339 Ziffer 2 und 530 Absatz 2 BGB die Abgabe einer g e w o l l t e n Erklärung vorsätzlich und widerrechtlich verhindert wurde.

In den Fällen der §§ 123 und 2339 Ziffer 2 BGB gibt nun das Gesetz dem Geschädigten ein Anfechtungsrecht. Beim Tatbestand des § 530 Absatz 2 BGB hilft es dadurch, daß der Betroffene die verhinderte Erklärung nachholen kann.

Hieraus glaubt von Blume folgenden allgemeinen Rechtssatz folgern zu können: „Ist jemand von einem anderen vorsätzlich und widerrechtlich zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt oder an der Abgabe einer solchen verhindert worden, so kann er dem anderen gegenüber die Wirkungen der Erklärung oder ihre Unterlassung durch Anfechtung oder durch Nachholung der Erklärung beseitigen."

Also könnte der Erklärende, wenn der Empfänger das rechtzeitige Wirksamwerden einer Willenserklärung vorsätzlich verhindert, die Erklärung auch nach verstrichener Frist nachholen. Dies Ergebnis findet jedoch keine Begründung im Gesetz. Denn die herangezogenen Bestimmungen stehen nicht in dem behaupteten inneren Zusammenhang. Die §§ 530 Absatz 2 und 2339 Ziffer 2 BGB sind nämlich singuläre Vorschriften, die nur für die in ihnen kasuistisch aufgestellten Tatbestände gelten und nicht als Ausfluß eines allgemeinen Rechtssatzes anzusehen sind. Dagegen handelt § 123 BGB überhaupt von einem ganz anderen Sachverhalt, der dem unseren entgegengesetzt ist. Zudem würde diese Lösung dem Bedürfnis des Verkehrs auch nicht gerecht werden, da sie ja nur für vorsätzliches Verhindern gelten will.

Diesen Mangel hat auch Oertmann [30]) erkannt. Denn er will den oben eingeschlagenen Weg auch bei fahrlässigem Verhindern mit v. Blume gehen. Doch dieser Schritt macht die analoge Anwendung des § 530 Absatz 2 BGB völlig unmöglich, da ja doch ausdrücklich Vorsatz verlangt wird. Wenn auch die Meinung Oertmann's vom rechtspolitischen Standpunkt aus betrachtet, durchaus beachtlich ist, so kann sie doch nicht mit Normen des geltenden Rechts begründet werden. Daher kann ich sowohl von Blume als auch Oertmann nicht folgen.

---

[30]) Oertmann a. a. O. Bd. I, S. 405.

## § 13.

Hiermit haben wir gezeigt, daß man im Wege der Analogie zu keinem haltbaren Ergebnis gelangen kann. Dabei haben aber sämtliche Schriftsteller, die mit diesem Mittel eine Lösung für unser Problem zu finden suchten, den einfacheren und näherliegenden Weg über den Gesichtspunkt des Schadenersatzes übersehen. Der Absender einer Willenserklärung vertraut darauf, daß die Erklärung wirksam werde. Wenn sie nicht wirksam wird, entsteht ihm ein Schaden, dieser muß von demjenigen ersetzt werden, der den Schaden herbeigeführt hat; die Schadenshaftung richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Es wird sich in folgendem zeigen, daß in dieser Richtung eine im Gesetz begründete und auch zu einem billigen Ergebnis führende Möglichkeit liegt, dem Erklärenden gegen das willkürliche Verhalten des Adressaten einen gerechten Schutz zuteil werden zu lassen.

Zunächst wollen wir versuchen einen Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung [31]) abzuleiten. In Betracht kämen die Vorschriften der §§ 823 und 826 BGB.

Mit der ersten Bestimmung versucht Breit [32]), zu einer alle Fälle einer schuldhaften Verhinderung regelnden Lösung zu kommen. Zu diesem Zwecke verwendet er in seiner Theorie die „Rechte des rechtlichen Könnens“ [33]), die auch kürzer „Kannrechte“ oder besser „Gestaltungsrechte“ [34]) genannt werden.

„Dies sind Rechte, die irgend welche Macht über eine Rechtswirkung gewähren, deren Inhalt die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft ist. Sie werden also durch eigenes Tun befriedigt, nicht durch Machtentfaltung des Berechtigten über fremden Willen.“ [35]) Es sind mit anderen Worten die Rechte, die einer Person die Macht geben, unabhängig von einem Anspruch auf ein fremdes Tun oder Unterlassen, mein eigenes oder fremdes Rechtsverhältnis durch einseitiges Rechtsgeschäft zu gestalten.

Breit folgert nun weiter, daß die Fähigkeit einer Person, eine mit Rechtswirkung verbundene Willenserklärung abzugeben, stets der Ausfluß eines solchen Gestaltungsrechts sei. Wer also das Wirksamwerden einer Willenserklärung verhindere, verletze damit auch das sogenannte

---

[31]) Ich behandele zunächst die Deliktshaftung, da bisher eine Verpflichtung zur Entgegennahme einer empfangsbedürftigen Willenserklärung und eine sich eventuell daraus ergebende vertragliche Haftung grundsätzlich außer acht gelassen wurde.
[32]) Breit, Sächs. Archiv. Bd. 13 S. 283; Bd. 15 S. 165 und 637.
[33]) Diesen Ausdruck prägte Zitelmann. Intern. Priv. Recht, Bd. II, S. 32.
[34]) Seckel, Berlin. Festgabe für Koch, S. 205 ff.
[35]) Oertmann, Bd. I, S. 595.

Kannrecht des Erklärenden. Dies sei aber als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Absatz 1 BGB aufzufassen und jede schuldhafte Verletzung ziehe aus diesem Grunde auch einen Schadenersatzanspruch nach sich.

Der angreifbare Punkt in dieser Beweisführung liegt in der Frage, ob die Gestaltungsrechte durch § 823 Absatz 1 BGB geschützt sind oder nicht. Breit hat selbst keine Begründung für diesen seinen Schritt gegeben. Er begnügt sich damit festzustellen, daß kein Grund bestehe, sie nicht zu den sonstigen Rechten des § 823 Absatz 1 BGB zu zählen. Ist das richtig?

Nach herrschender Ansicht sind die Kannrechte [36]) nicht unter § 823 Absatz 1 BGB zu subsumieren. Denn diese Vorschrift will nur allseitig wirkende — also absolute Rechte schützen. Daher müßten die Kannrechte schon absoluten Charakter haben, um unter die sonstigen Rechte des § 823 Absatz 1 BGB gezählt zu werden. Doch dieses wesentliche Merkmal fehlt ihnen, da z. B. das Widerrufs-, Kündigungs- oder Rücktrittsrecht nicht berechtigt, jedermann gegenüber zu widerrufen, zu kündigen oder zurückzutreten; sondern dies Recht steht dem Berechtigten nur gegenüber einer jeweils bestimmten Person zu. Sie sind also relative und keine absolute Rechte, sodaß sie nicht durch § 823 Absatz 1 BGB geschützt werden können.

## § 14.

Doch kann vielleicht mit § 826 BGB in unseren Fällen geholfen werden. Zur Erledigung dieser Frage wollen wir die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Vorschrift näher prüfen.

Drei Tatbestandsmerkmale, sind gefordert, um eine Schadenersatzpflicht aus § 826 BGB zu begründen. Zunächst muß überhaupt ein Schaden entstanden sein, dann muß die Schadenszufügung gegen die guten Sitten verstoßen und drittens muß sie vorsätzlich geschehen sein. Es sind also zwei objektive und ein subjektives Moment im § 826 BGB vereinigt. Objektiv wird ein Verstoß gegen die guten Sitten und eine Schadenszufügung verlangt, subjektiv ein auf die Schadenszufügung gerichteter Vorsatz.

Das Gesetz hat uns für das erste objektive Erfordernis keine Begriffsbestimmung oder Auslegungsregel gegeben. Die Literatur und vor allem die Praxis sah sich also vor der schwierigen Aufgabe, hier Klarheit zu schaffen. Doch liegt es in der Natur der Sache, daß man keinen absoluten Maßstab für die Auslegung dieser Vorschrift geben konnte. Das wäre auch nicht nach dem Sinn der Bestimmung. Denn sie sollte gerade

---

[36]) Es ist überhaupt auch schon streitig, ob die sogenannten Rechte des rechtlichen Könnens die Bezeichnung „Rechte" verdienen.

immer für den konkreten Fall einen gerechten Ausgleich schaffen, wenn das Gesetz sonst keine Handhabe zum Schutze des Beschädigten bietet, das Verhalten des Schädigenden aber eine Sühne nach dem Empfinden „aller gerecht und billig Denkenden" fordert.

Einerseits kann daher schon die Verletzung der nur obligatorischen Rechte und sogar bloßer Interessen unter § 826 BGB. fallen. Andererseits ist aber die Verfolgung eines eigenen Vorteils — für sich betrachtet — niemals ein Verstoß gegen die guten Sitten. Denn niemand hat, wenn keine vertraglichen oder vertragsähnlichen Bindungen entgegenstehen, die Pflicht, sein eigenes Interesse dem eines anderen nachzustellen, selbst wenn der andere dadurch geschädigt werden sollte. [37])

Diese verschiedenen Auffassungen erklären sich dadurch, daß noch eine ganze Reihe anderer Momente bei der Frage, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, mit zu erwägen sind.

Dabei ist nicht von einem Ideal der Sittlichkeit, sondern vom Durchschnittsempfinden des gesamten Volkes auszugehen. [38]) Besonders muß jedoch bei Entscheidung des konkreten Falles das sittliche Gefühl der Volksschicht berücksichtigt werden, in der die Handlung vor sich geht. Hierbei bleiben aber wieder einige etwa entwickelte Unsitten, die inzwischen in dem bestimmten Personenkreis Brauch geworden sind, als Maßstab für die Bewertung der Handlungsweise ungeeignet.

Mit diesen allgemeinen Regeln ist aber noch nicht alles geklärt. Denn die Schwierigkeiten liegen erst in der Beurteilung des konkreten Falles. „Es gilt den ganzen sozialen und wirtschaftlichen Hintergrund zu erkennen, auf den die einzelne Handlung vorgenommen ist, die Motive, aus denen heraus sie vorging, und den Zweck, zu welchem sie vorgenommen wurde, zu ermitteln."

Diese grundsätzlichen Ausführungen müssen uns im Rahmen dieser Abhandlung genügen. Sie lassen jedoch schon erkennen, daß in der Regel das vorsätzliche Verhindern des Wirksamwerdens einer empfangsbedürftigen Willenserklärung einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, ohne daß eine Pflicht zur Entgegennahme bestehen braucht. Im Einzelfalle wird es aber immer noch Sache des Richters sein, sich unter Berücksichtigung der besonderen Tatumstände und der herrschenden Verkehrsanschauungen seine Ueberzeugung zu bilden. — Das zweite objektive Erfordernis des § 826 BGB ist die Schadenszufügung. Dieser Begriff ist, was noch verschiedentlich verkannt wird, keineswegs zu eng auszulegen. Auf das Wesen des verletzten Rechtsguts kommt es im Gegensatz zu § 823 Absatz 1 nicht an. Es genügt, wenn eine „irgendwie

---

[37]) vergl. RG. Bd. 63, S. 146; Bd. 70, S. 170; Bd. 86, S. 191; Bd. 89, S. 170.

[38]) RG. Bd. 58, S. 217; Bd. 55, S. 373; Bd. 60, S. 105.

nachteilige Beeinflussung der Vermögenslage in ihrer Totalität"[39]) eingetreten ist. Dieser Schaden besteht in unseren Fällen darin, daß die beabsichtigte Willenserklärung infolge der Verhinderung nicht rechtzeitig wirksam geworden ist.

Schließlich genügt es für den im § 826 BGB geforderten Vorsatz, daß der Schädigende dem etwaigen Schädigenden Erfolg vorausgesehen hat. Er muß also durchaus nicht unmittelbar auf die Schadenszufügung gerichtet sein. Es ist vielmehr ausreichend, wenn der Schädigende die Vorstellung gehabt hat, seine Handlung könne den schädigenden Erfolg haben (sogenannter dolus eventualis). Hervorzuheben ist noch, daß dieser Vorsatz nur auf die Schadenszufügung, nicht auf die Sittenwidrigkeit gerichtet sein muß.

Zu beachten bleibt endlich noch, daß zwischen der sittenwidrigen Handlungsweise und dem entstandenen Schaden ein ursächlicher Zusammenhang bestehen muß.

Im übrigen kann ich auf die umfangreiche Literatur und auf die vielen Präjudizien zu § 826 BGB verweisen, da sich in der Hand fast eines jeden Juristen eine Spezialabhandlung über diese gesetzliche Bestimmung befindet.

Hier will ich noch als Endergebnis für den Fall, daß eine Entgegennahmepflicht nicht besteht oder wenigstens nicht als wesentlich angesehen wird, feststellen:

> Nur bei vorsätzlichem gegen die guten Sitten verstoßenden Verhalten des Adressaten — also kurz im Falle des § 826 BGB — kann dem Erklärenden geholfen werden. Er kann den Adressaten auf Schadenersatz in Anspruch nehmen.

# 2. Abschnitt.

## Lösung, die sich aus der Entgegennahmepflicht des Empfängers ableitet.

### § 15.

Nunmehr soll eine Lösung, die sich aus der Verpflichtung des Empfängers zur Entgegennahme der Erklärung ableitet, gefunden werden. Es muß also zunächst geprüft werden, ob eine Entgegennahmepflicht besteht.

---

[39]) Oertmann II, S. 1075.

Diese Frage ist durchaus verschieden beantwortet worden.

Krückmann [40]) und Endemann [41]) bejahen eine Verpflichtung zur Entgegennahme schlechthin, indem sie dieser Pflicht die Einlassungspflicht der ZPO zur Seite stellen. Dagegen haben besonders Titze [42]) und von Blume [43]) Stellung genommen, indem sie nur durch ausdrückliche Verpflichtung durch den Empfänger diese Pflicht entstehen lassen wollen. Beide Ansichten treffen nicht den Kern der Sache. Denn einerseits ist in besonderen Fällen das Bestehen einer Entgegennahmepflicht nicht abzuleugnen, andererseits ist aber auch eine allgemeine Annahmepflicht nicht anzuerkennen. [44]) Es kommt also immer im konkreten Fall darauf an festzustellen, ob eine solche Verpflichtung begründet ist.

Diese kann kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift bestehen. So ist in sämtlichen Fällen des Kontrahierungszwanges eine Entgegennahmepflicht gegeben. Gemäß § 453 HGB darf die Eisenbahn die Uebernahme von Gütern zur Beförderung nicht verweigern, wenn die vorgeschriebenen Bedingungen erfüllt sind. Ferner ist gemäß §§ 663, 675 BGB derjenige, der zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist, verpflichtet, die Ablehnung eines Auftrages unverzüglich mitzuteilen. Schließlich ist in diesem Zusammenhang noch § 6 E. V. G. und § 3 Postgesetz zu erwähnen. In diesen Fällen besteht sogar ein Zwang zum Vertragsschluß, zum mindesten aber eine Pflicht, einen Vertragsantrag zu beantworten. Es ist daher unbedenklich a maiore ad minus zu schließen, das hier auch eine Pflicht zur Annahme von Willenserklärungen gesetzlich begründet ist.

Ferner besteht eine im Gesetz begründete Verpflichtung zur Entgegennahme d e r Willenserklärungen, die auf Veranlassung des Empfänger abgegeben werden. Hierunter fallen die Genehmigung des von einem Minderjährigen geschlossenen Vertrages (§ 108 Absatz 2 und § 177 Absatz 2 BGB), die Genehmigung des Vertrages der Frau über ihr eingebrachtes Gut beim gesetzlichen Güterstand (§ 1396 Absatz 2 BGB), die Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger (§ 415 Absatz 2 BGB) die Bestimmung einer Frist zur Erklärung der Wandelung (§ 466 Absatz 2 BGB). Auch ist meines Erachtens im § 148 BGB eine Entgegennahmepflicht gesetzlich festgelegt. Ein Vertragsverhältnis besteht noch nicht zwischen den Parteien; es soll vielmehr erst durch die Annahme der Offerte zustande kommen. Aber in der Fristsetzung liegt schon die einseitige Verpflichtung des Empfängers, innerhalb dieser

---

[40]) Krückmann, Recht 1911, S. 63 ff.
[41]) Endemann, a. a. O., Bd. 1, S. 313.
[42]) Titze, Mißverständnis, S. 360.
[43]) v. Blume in Iher. Jahrb., Bd. 51, S. 16.
[44]) Leonhard. Die Wahl bei der Wahlschuld in Iher. Jahrb. 1900, Bd. 41, S. 41.

Frist zwecks Entgegennahme der Annahmeerklärung bereit zu stehen. Aus den §§ 145 ff BGB folgt, daß der Antragende an seinen Antrag gebunden ist, wenn er nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart. Diese Gebundenheit schließt in sich, daß er dem Vertragsgegner verpflichtet ist. Hieraus erhellt, daß ein Schuldverhältnis bereits vorhanden ist, welches man sogar schon als Vorvertrag bezeichnen könnte. Der in §§ 133 und 157 BGB ausgesprochene Grundsatz von Treu und Glauben ist daher auch auf diese Rechtsverhältnisse anwendbar. Daraus ergibt sich aber, daß der Antragende auch noch die Nebenverpflichtung hat, eine Annahmeerklärung entgegen zu nehmen. Denn nur dann hat die Gebundenheit des Antragenden einen Sinn.

Hiermit sind die wichtigsten gesetzlich begründeten Verpflichtungen zur Entgegennahme von empfangsbedürftigen Willenserklärungen erschöpft.

Daß eine Entgegennahmepflicht auch durch ausdrückliche vertragliche Vereinbarung begründet werden kann, liegt auf der Hand. Ein näheres Eingehen hierauf erübrigt sich daher.

Dagegen muß noch hervorgehoben werden, daß die Entgegennahmepflicht auch als Nebenverpflichtung eines Rechtsverhältnisses auftreten kann. Die Pflicht zur Entgegennahme von Willenserklärungen ergibt sich aus dem Zweck des Rechtsverhältnisses. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle handelt es sich um Verträge. Wenn hierin die Nebenverpflichtungen auch nicht bis in alle Einzelheiten aufgenommen zu werden pflegen, so sind diese, wenn sie nach der allgemeinen Verkehrsauffassung als selbstverständliche Bestandteile anzusehen sind, auch als mitvereinbart zu erachten. Sonst würde ein großer Teil der Verträge in seiner Bedeutung herabgesetzt werden. Wenn in einem Miet-, Dienst- oder Darlehnsvertrag eine bestimmte Kündigungsfrist vereinbart wurde, so liegt doch darin auch ohne weiteres die Verpflichtung, gegebenenfalls eine vom Vertragsgegner erklärte Kündigung entgegenzunehmen. Sonst hätte es ja, wie wir oben an einem Beispiel gezeigt haben, der Vertragsgegner in der Hand, eine fristgerechte Kündigung unmöglich zu machen. Die Kündigungsabrede hätte somit gar keinen Sinn.

Aus dieser Ueberlegung kann man unbedenklich den Schluß ziehen, daß Personen, die durch ein Rechtsverhältnis verbunden sind, zur Entgegennahme der dieses Rechtsverhältnis betreffenden Willenserklärungen verpflichtet sind. So auch das Reichsgericht [45]) und das Oberlandesgericht Köln. [46])

Hieraus läßt sich auch, selbst wenn man die oben angenommene gesetzliche Verpflichtung zur Entgegennahme der Annahme des Vertrags-

---

[45]) RG Bd. 110, S. 34.

[46]) O.L.G. Köln in J. W. 1927, S. 1708.

angebots nicht anerkennen will, eine solche Pflicht dennoch ableiten. Denn „es verhält sich nicht den Inhalt seiner Willenserklärung gemäß, wer die Möglichkeit rechtswirksamer Annahme seines Antrages verhindert“ [47]).

Zusammenfassend stellen wir fest, daß eine allgemeine Pflicht zur Annahme von Willenserklärungen nicht besteht. Dagegen kann in den häufigsten und praktisch bedeutsamsten Fällen eine Entgegennahmepflicht, aus dem Gesetz oder aus einem zwischen den Parteien bereits bestehenden Rechtsverhältnis abgeleitet werden.

## § 16.

Jetzt ergibt sich die Frage, welche Rechtsfolgen das Gesetz an eine Verletzung dieser Pflicht knüpft.

Ausdrücklich kennt das BGB nur die Verletzung eines Schuldverhältnisses durch Verschulden des Verzugs oder der Unmöglichkeit. Der Schuldner tut hier nicht oder nicht rechtzeitig, wozu er verpflichtet ist. Doch darüber ist man sich in der Theorie und Praxis einig, daß das nicht die einzigen Fälle eines pflichtwidrigen Verhaltens des Schuldners sein können. Es gibt auch „zahlreiche Fälle, in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzt, in denen jemand tut, was er unterlassen soll, oder die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft.“ [48]) Das sind die Fälle der sogenannten positiven Vertrags- oder besser Forderungsverletzung.

Staub [49]) sucht nun die Verpflichtung zum Schadenersatz für ein derartiges schuldhaftes Handeln im Rahmen eines Schuldverhältnisses aus einen allgemeinen Rechtsgrundsatz abzuleiten. Dagegen will das Reichsgericht [50]) den § 276 BGB, indem es diese Vorschrift aus einem Haftungsmaß zu einem Haftungsgrund macht, unmittelbar auf die nicht ausdrücklich im BGB geregelten Fälle des obligationswidrigen Tuns des Schuldners anwenden. Diese Streitfrage kann im Rahmen unserer Untersuchung unentschieden bleiben, da für uns die Tatsache genügt, daß ein Schadenersatzanspruch aus einer positiven Forderungsverletzung allgemein anerkanntes Recht ist.

Der Verstoß des Empfängers gegen die Entgegennahmepflicht stellt sich als eine positive Forderungsverletzung dar. Denn der Empfänger ist gemäß seiner Verpflichtung gehalten, nichts gegen das Wirksamwerden — d. h. gegen die Abgabe, das Zugehen, das Vernehmen — zu

---

[47]) Hölder DJZ. 1901, S. 340.
[48]) Staub, Festschrift für den 26. Jur. Tag, S. 1.
[49]) a. a. O., S. 32 ff.
[50]) RG Bd. 52, S. 19; Bd. 53, S. 202; Bd. 62, S. 120; Bd. 68, S. 192.

tun. Er ist daher, wenn er gleichwohl etwas entgegen seiner Verpflichtung unternimmt oder nicht unterläßt, nach § 276 BGB für den durch seine Schuld entstandenen Schaden verantwortlich. Folglich kommen wir beim Bestehen einer Entgegennahmepflicht zu dem Ergebnis, daß der Adressat für jegliche Schuld — also für Vorsatz und Fahrlässigkeit — haftbar ist.

Hiermit haben wir in der Lehre vom Schadenersatz sowohl für den Fall des Nichtbestehens als auch für denjenigen des Bestehens einer Entgegennahmepflicht eine jeweils passende Lösung gefunden. Es ist hierbei noch zu bemerken, daß eine Konkurrenz zwischen einem Anspruch aus unerlaubter Handlung und einem solchen aus einem Schuldverhältnis allgemein anerkannt ist. Der Erklärende kann daher, wenn in der Handlungsweise des Adressaten sowohl der Tatbestand des § 826 BGB verwirklicht ist, also auch eine Entgegennahmepflicht feststeht, wahlweise nebeneinander Schadensersatz aus § 826 BGB oder Vertragsverletzung verlangen.

# 3. Abschnitt.

## Die Leistung des Schadensersatzes.

Wie ist nunmehr der Schadensersatz zu leisten?

Bei Beantwortung dieser Frage kann es gleich sein, ob der Erklärende seinen Anspruch auf § 826 oder Vertragsverletzung oder auf beide zugleich stützt. Denn immer ist Schadensersatz nach der gleichen Vorschrift — nach § 249 BGB — zu leisten.

Es ist also immer der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre. Dieser Umstand ist das Verhindern der Abgabe, des Zugehens, des Vernehmens oder kurz — überhaupt des rechtzeitigen Wirksamwerdens.

Nun ist aber der Fristablauf nicht mehr ungeschehen zu machen. Daher muß der Ersatzpflichtige eine angemessene Nachfrist gewähren, damit der Geschädigte noch nachträglich — eventuell im Wege des § 132 BGB — das Wirksamwerden der Willenserklärung herbeiführen kann.

Dies hat jedoch unverzüglich zu erfolgen, da der Erklärende nicht mehr Vorteile aus dem Verhalten des Empfängers herleiten darf, als ihm Nachteile durch das Verhindern des rechtzeitigen Wirksamwerdens verursacht worden sind. Daher wäre es unbillig, dem Erklärenden nunmehr keine Frist zu setzen, obgleich er ursprünglich an eine solche gebunden war. Zudem würde dadurch einer bedrohlichen Rechts-

unsicherheit Vorschub geleistet. Denn der Empfänger müßte dann immer gegenwärtig sein, daß der Erklärende erst lange Zeit später die Erklärung wirksam werden läßt. Der Empfänger wäre dadurch über Gebühr in seinen Dispositionen beschränkt. Dagegen könnte der Erklärende auf Kosten des Empfängers spekulieren.

Wenn nun innerhalb der angemessenen Nachfrist die Erklärung unverzüglich wiederholt wird, so wird sie auch erst entsprechend unserer Vorbesprechung mit dem Zugehen beziehungsweise mit dem Vernehmen selbst wirksam. Denn sowohl das Zugehen wie das Vernehmen sind nicht nur unumgängliche Voraussetzungen der Wirksamkeit, sondern sie fixieren auch den Zeitpunkt des Wirksamwerdens. Der Standpunkt ist also nicht haltbar, der die Wirkungen einer nachgeholten Erklärung auf den Augenblick zurückverlegen will, indem sie im Falle des Nichtverhinderns wirksam geworden wäre. Denn das käme einer Fiktion gleich, die, wie aus den weiter oben — insbesondere in unserer Vorbesprechung — dargelegten Gründen hervorgeht, auf jeden Fall abzulehnen ist.

IV.

# Schluß.

## Das Ergebnis im System des geltenden Rechts begründet und im Einklang mit den praktischen Bedürfnissen.

Hier ist das Ergebnis unserer Untersuchungen noch einmal in kurzer Zusammenfassung:

1. Für den Fall des Nichtbestehens einer Entgegennahmepflicht steht dem Erklärenden nur bei vorsätzlichem gegen die guten Sitten verstoßenden Handeln des Empfängers ein Anspruch auf Schadenersatz zu (§ 826 BGB);
2. Für den Fall des Bestehens einer Entgegennahmepflicht steht dem Erklärenden auch bei bloßem Verschulden des Adressaten ein Anspruch auf Schadenersatz zu (§ 276 BGB). Der Empfänger haftet aber nicht für Zufall.
3. Der Schadensersatz selbst ist in beiden Fällen dadurch zu leisten, daß der Empfänger eine angemessene Nachfrist gewähren muß, damit der Erklärende noch nachträglich (eventuell im Wege des § 132 BGB) das Wirksamwerden der Willenserklärung unverzüglich bewirken kann.

4. Wirksam wird die Erklärung erst mit dem tatsächlich erfolgten Zugehen beziehungsweise Vernehmen.

Den Vorzug obiger Lösung sehe ich zunächst darin, daß sie in allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen fest verwurzelt ist, sie entspricht daher auch im Ergebnis unserem heutigen Rechtssystem. Insbesondere ist es hiernach gerechtfertigt, denjenigen, der schon in rechtlicher Bindung zum Erklärenden stand, strenger haftbar zu machen als den reinen Deliktschuldner. Ebenso begründet ist es den Empfänger für Zufall nicht haften zu lassen, da eine Haftung ohne Schuld nur ausnahmsweise mit besonderer Begründung im Gesetz zugelassen ist. Die Erklärung reist auf Gefahr des Erklärenden.

Ferner erblicke ich darin einen Vorteil, daß sich unsere Lösung unterschiedslos auf die Verhinderung sowohl der Abgabe, des Zugehens wie des Vernehmens — also des rechtzeitigen Wirksamwerdens überhaupt — erstreckt. Für den gesamten Fragenkomplex des rechtzeitigen Wirksamwerdens einer empfangsbedürftigen Willenserklärung bietet sie somit eine einheitliche im Gesetz begründete Formel.

Das Ergebnis ist aber auch gerecht. Denn dadurch, daß in jedem Falle die Erklärung unverzüglich nachgeholt werden muß, sind auch die Belange des Adressaten genügend gewahrt, ohne daß dem Erklärenden der ihm gebührende Schutz versagt wird.

## Lebenslauf.

Ich bin am 23. Dezember 1906 als Sohn des Kaufmanns Wilhelm Borgmann und seiner Ehefrau Jakobine, geb. Becker, geboren. Ostern 1926 bestand ich die Reifeprüfung am staatlichen Gymnasium zu Duisburg. Anschließend studierte ich an den Universitäten zu Marburg, Genf, Köln und Frankfurt Rechts- und Staatswissenschaften. Am 1. November 1930 unterzog ich mich mit Erfolg der ersten juristischen Staatsprüfung. Meine Ausbildung als Referendar erhielt ich im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf. Am 4. Juli 1934 bin ich sodann nach bestandener großer juristischen Staatsprüfung zum Gerichtsassessor ernannt worden.